Bedarf der obligatorische Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück einzuräumen, einer besonderen Form?

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER
JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG.

EINGEREICHT VON

HANS MEISSNER
REFERENDAR IN BERLIN.

BERLIN
DRUCK: LOUIS BORCHARDT
1906.

NACHTRAG.

Berichtigungen.

1. Auf Seite 18 Zeile 15 muss es statt „den Verpflichteten“ „dem Verpflichteten“ heissen.
2. Auf Seite 20 Zeile 5 muss es statt „Gauerbenrecht“ „Ganerbenrecht“ heissen.
3. Auf Seite 22 Zeile 7 muss es statt „abhängig“ „unabhängig“ heissen.
4. Auf Seite 42 Zeile 19 muss es statt „dieselben ratio vorliegen“ „dieselbe ratio vorliege“ heissen.
5. Auf Seite 45 Zeile 5 muss es statt „Bigründung“ „Begründung“ heissen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0111

Bedarf der obligatorische Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück einzuräumen, einer besonderen Form?

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG.

EINGEREICHT VON

HANS MEISSNER
REFERENDAR IN BERLIN.

BERLIN
DRUCK: LOUIS BORCHARDT
1906.

Ich warb um Lust, um Ruhm, um Tugend
Und manches Schöne fiel mir zu
Doch bleibt das schönste Glück die Jugend
Und meiner Jugend Glück warst du.

(Emanuel Geibel)

Meiner schönsten Erinnerung!

Inhaltsangabe.

Einleitung.

Seite

§ 1. Wie ist die systematische Anordnung unseres Bürgerlichen Gesetzbuches? 13

TEIL I.

A. Ist es für die Entscheidung der Formfrage gleichgiltig, ob den Inhalt des obligatorischen Vertrages ein dingliches oder ein persönliches Vorkaufsrecht bildet?

§ 2. 1. Begriff und Wesen des Vorkaufsrechts 17
a. nach gemeinem Recht,
b. nach heutigem Recht.

§ 3. 2. Arten des Vorkaufsrechts 18
a. das persönliche,
b. das dingliche.

§ 4. 3. Verhältnis der beiden Vorkaufsrechte zu einander 21
a. die Motive,
b. das Gesetzbuch,
c. die Literatur.

B. Ergebnis.

TEIL II.

A. Wie ist die Formfrage zu entscheiden?

§ 5. 1. Die Form, welche in Betracht kommt. 29

§ 6. 2. Die Stellung der Materialien zu der Formfrage 30
a. Die Motive,
b. Die Protokolle.

Seite

§ 7. 3. Die Widerlegung der Gründe, die für den Formzwang sprechen. 32

a. Begründung aus den Materialien,

b. Begründung mit der Konstruktion eines bedingten Kaufes.

c. Begründung mit der Konstruktion einer bedingten Eigentumsübertragung.

d. Begründung mit der Konstruktion eines Vorvertrages.

e. Begründung mit der ratio des § 313 BGB.

f. Scherers Rückschluss.

B. Ergebnis.

SCHLUSS.

Welchen praktischen Wert hat die Entscheidung der Formfrage? 46

Literatur-Verzeichnis.

Achilles und Strecker: Grundbuchordnung, 1. Teil, Berlin 1901.

Baer: Wiederverkauf und obligatorischer Verkauf, Borna, Leipzig 1904.

Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse erste Hälfte, Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht, 2. Band, Die Schuldverhältnisse, 2. Abteilung, 3. Auflage, Halle a/S. 1906.

Düringer und Hachenberg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Sachenrecht, 8. und 9. Auflage, Berlin 1905.

Fuchs: Grundbuchrecht, 1902.

Giesel: Das persönliche Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht, Gartz a/O. 1904.

Goldmann und Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, Berlin 1903.

Gutbrod: Der obligatorische Grundstücksvertrag, (BGB. § 313), Stuttgart 1904.

Hilscher: Der Unterschied des dinglichen Vorkaufsrechts von dem durch Vormerkung gesicherten obligatorischen Vorkaufsrechts bei Grundstücken nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Rostock 1903.

Immerwahr: Das dingliche Vorkaufsrecht des BGB. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 2. Folge, 4. Band, 4—6. Heft, Jena 1899.

Johow: Jahrbuch für die Entscheidungen des Kammergerichts, Band 15, 1896.

Juristische Wochenschrift: Jahrgang 29, 1900, Jahrgang 30, 1901, Jahrgang 34, 1905.

Keetmann: Das persönliche und dingliche Vorkaufsrecht im BGB., Rostock 1903.

Krech: Die Rechte an Grundstücken, (nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches). Berlin 1889.

Kretschmar: Grundbuchrecht, 1. Band, Leipzig 1902.

Männer: Das Recht der Grundstücke, München 1899.

Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Die allgemeinen Lehren und Rechte der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin 1900.

Meissner: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, 3. Buch, Sachenrecht, Breslau 1901.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs: Band 2 und Band 3.

Mugdam und Falkmann: Rechtssprechungen der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Band 1, No. 16, 1900, Band 2 No. 4, 1901 Leipzig.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, 3. Auflage, Berlin 1903.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, 2. Auflage, Berlin 1900.

Oertmann: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 1. und 2. Auflage, Berlin 1900 und 3. Buch, Sachenrecht, 3. Auflage, Berlin 1905.

Predari: Die Grundbuchordnung (Kommentar zu den Nebengesetzen) 3. Teil, Berlin 1904.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB.: Band 1 und Band 2.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1903.

Reichsgericht: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 10, 16, 59, 60.

Reuss: Vergleichung des persönlichen und dinglichen Vorkaufsrechts, Rostock 1902.

Scherer: Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Buch, allgemeiner Teil und 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse. Erlangen 1898.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Auflage, 2. Auflage, Berlin 1904.

Seufferts Archiv: Entscheidungen der obersten Gerichte, Band 1, dritte Folge, München und Berlin 1901.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, München 1905 und Band 3, Sachenrecht, München 1898.

Turnau und Förster: Das Liegenschaftsrecht, Band 1, das Sachenrecht des BGB. 2. Auflage, Paderborn 1902.

Wangemann: Die rechtliche Natur des (obligatorischen) Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts, Charlottenburg 1900.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2. 8. Auflage, Frankfurt a. M. 1900.

Zeitschrift des deutschen Notarvereins, 1902. 2. Jahrgang, Heft 8.

Einleitung.

§ 1. Wie ist die systematische Anordnung unseres Bürgerlichen Gesetzbuches?

Die systematische Anordnung unseres Bürgerlichen Gesetzbuches ist in der Weise erfolgt, dass der Gesetzgeber bei der Behandlung der einzelnen Rechtsinstitute nur die grundlegenden Sätze aufstellt und nicht in sogenannter „kasuistischer Manier" alle möglichen Fälle einzeln entscheidet, wie das Allgemeine Landrecht es tut. Daher zeichnet sich unser Gesetzbuch im Gegensatz zum Allgemeinen Landrecht durch Uebersicht und Kürze aus. Freilich muss zugegeben werden, dass dadurch, dass viele Fragen der Wissenschaft zur Beantwortung überlassen sind, bei dieser oder jener Materie sich Meinungsverschiedenheiten in Literatur und Praxis bemerkbar gemacht haben. So auch z. B. bei dem Rechtsinstitut des Vorkaufsrechts. Es handelt sich hierbei um die Frage, ob der obligatorische Vertrag, der die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts oder der die Einräumung eines persönlichen Vorkaufsrechts in Ansehung eines Grundstücks enthält, einer besonderen Form bedarf.

TEIL I.

A. Ist es für die Entscheidung der Formfrage gleichgültig, ob der Inhalt des obligatorischen Vertrages ein dingliches oder ein persönliches Vorkaufsrecht bildet?

Bevor wir auf die Formfrage selbst eingehen, wollen wir uns darüber schlüssig werden, ob man bei beiden Verträgen — von denen der eine ein dingliches, der andere ein persönliches Vorkaufsrecht zum Gegenstand hat — zur gleichen Entscheidung kommen kann und darf. Dazu ist erforderlich, sich mit Begriff und Wesen dieses Rechtsinstituts zu beschäftigen, um dabei die Arten der Vorkaufsrechte und ihr Verhältnis zu einander des näheren zu erörtern.

§ 2.

1. Begriff und Wesen des Vorkaufsrechts.

Den Inhalt eines Vorkaufsrechts bildet die Verpflichtung, jemandem, dem dieses Recht eingeräumt ist, bei Eintritt des Verkaufsfalles als Käufer anzunehmen. Wann der Verkaufsfall als eingetreten anzusehen ist, wurde nach gemeinem Recht im Gegensatz zum heutigen Recht verschieden beurteilt.

a. nach gem. Recht.

Die Begriffsbestimmung des Vorkaufsrechts nach gemeinem Recht war — wie Windscheid[1]) definiert — folgende:

> „Jemand muss, wenn er verkaufen will, einer bestimmten Person die Vorhand lassen, vorausgesetzt, dass dieselbe gleiche Bedingungen bietet, die ein dritter Kauflustiger geboten hat."

[1]) a a. O. Seite 605.

Der Verpflichtete musste demnach die Absicht haben, den betreffenden Gegenstand zu verkaufen. Allein die blosse Absicht zu verkaufen genügte nicht. Er musste den Willen kundgetan haben, unter bestimmten Bedingungen den Kauf mit einem dritten abzuschliessen und zu erfüllen. Nach gemeinem Recht reichte es demnach aus, wenn der Wille des Verpflichteten erkennbar war, einen in den einzelnen Punkten festgelegten Vertrag abzuschliessen. Es war also nur erforderlich erkennbare Verkaufsabsicht und Vertragsangebot.

b. nach heutigem Recht.

Unser heutiges Recht geht aus Rücksichten der Verkehrssicherheit weiter. Nicht allein Vertragsangebot und der erkennbare Wille, den Vertrag abzuschliessen, wird verlangt, sondern die Realisierung dieses Willens. Daher muss der Kaufvertrag zwischen den Verpflichteten und dem Dritten bereits abgeschlossen sein, wenn man von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen will. Der § 504 BGB. lautet nämlich:

> „Wer in Ansehung eines Gegenstandes zum Vorkaufe berechtigt ist, kann das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat."

Man tritt also in einen bereits abgeschlossenen Kaufvertrag ein. Handelt es sich also wie bei der Erörterung unserer Frage um die Ausübung eines Vorkaufsrechts an einem Grundstück, so muss der Kaufvertrag, den der Vorkaufverpflichtete mit dem Dritten abgeschlossen hat, nach § 313 BGB. gerichtlich oder notariell beurkundet sein. Dies sind also die Voraussetzungen der Ausübung eines Vorkaufsrechts an einem Grundstück.

§ 3. 2. Arten des Vorkaufsrechts.

Man kann nun die Vorkaufsrechte in zwei Gruppen einteilen. Zu der einen gehören diejenigen Vorkaufsrechte,

die durch Gesetz, zu der anderen, die durch Rechtsgeschäft begründet werden. Zu den gesetzlichen Vorkaufsrechten zählen namentlich die alten deutschen Retraktrechte wie z. B. die Erblosung, die Marklosung oder die Nachbarlosung. Diese gesetzlichen Vorkaufsrechte sind aber mehr und mehr verschwunden. Das jüngste preussische Recht kann nur noch vier von solchen Rechten aufweisen. Und zwar finden wir im allgemeinen Landrecht[1]) das Vorkaufsrecht des Miteigentümers. Sodann hat nach dem preussischen Enteignungsgesetz[2]) der gegenwärtige Besitzer eines durch Enteignung verkleinerten Grundstücks das Recht, Teile, die wieder entbehrlich werden, zurückzukaufen. Es ist dies ein Rest des sogenannten Gespilderechts. Ausserdem giebt es noch im Bergrecht[3]) ein Vorkaufsrecht des Grundstückseigentümers, der Grundstücksteile zu Bergbauzwecken veräussert hat, sofern sie für diese Zwecke nicht mehr notwendig sind. Und den Schluss machen endlich die preussischen Gesetze[4]) betreffend das Anerberecht bei Gütern. Es ist dies das Vorkaufsrecht des nächstberechtigten Anerben, wenn das Anerbengut innerhalb von 20 Jahren seit dem Tode des Erblassers an einen anderen als einen Anerben verkauft wird.

Im neueren Recht haben sich nur noch erhalten die gesetzlichen Vorkaufsrechte: des Anerben, des Enteigneten und dasjenige Vorkaufsrecht, das in das Bergrecht fällt. Denn dies sind Rechtsgebiete, die der Landesgesetzgebung vorbehalten sind. Alle übrigen gesetzlichen Vorkaufsrechte hat das BGB. beseitigt. Einen leisen Anklang an das Vorkaufsrecht des Miteigentümers, das noch im ALR. bestand, könnte man vielleicht finden in dem Vorkaufsrecht des Miterben gemäss § 2034 BGB., welcher lautet:

---

[1]) A. L. R. I, 17. § 61.

[2]) Pr. Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874. § 57.

[3]) Pr. Allg. Berggesetz vom 24. Juni 1875. § 141.

[4]) Pr. Gesetz vom 8. Juni 1896 betreffend das Anerbenrecht bei Renten und Ansiedlungsgütern § 27, und Pr. Gesetz vom 2. Juli 1898 betreffend das Anerbenrecht bei Landgütern in der Provinz Westfalen und einigen anderen Kreisen. § 33.

„Verkauft ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten, so sind die übrigen Miterben zum Vorkaufe berechtigt."

Dies ist aber das einzige gesetzliche Vorkaufsrecht, dass das BGB. noch kennt, und dürfte vielleicht ein Rest des alten deutschen Gauerbenrechts sein. Alle übrigen Vorkaufsrechte können nur noch durch Rechtsgeschäft[1]) begründet werden und zwar unterscheidet das BGB. hierbei wieder zwei Arten.

a. das persönliche Vorkaufsrecht.

Das eine Vorkaufsrecht ist das persönliche, welches der § 504 behandelt, das andere ist das dingliche, welches im § 1094 geregelt ist. Das persönliche ist im Anschluss an das römische Vorkaufsrecht, das ius protimiseos entstanden, während das dingliche eine gewisse Aehnlichkeit mit dem deutschrechtlichen Institut, dem Retrakt hat. Während aber die gemeinrechtliche Praxis diese beiden Institute, das römische ius protimiseos und das deutsche Retraktrecht, mit einander verschmolz und eine Vorkaufslehre ausbildete, die sehr verwirrend wirkte, haben die Rechtslehrer des 19. Jahrhunderts diese beiden Institute wieder streng von einander geschieden, bis das BGB. auch in diese Materie entscheidend eingriff.

Das persönliche Vorkaufsrecht des BGB. ist — ebenso wie das römische ius protimiseos — rein obligatorischer Natur. Der Berechtigte kann sich daher nur an den Verpflichteten halten oder dessen Universalsuccessor. Gegen einen Dritten hat das persönliche Vorkaufsrecht keinerlei Wirkung. Der Vorkaufsberechtigte kann daher, wenn der Gegenstand, an dem das Vorkaufsrecht besteht, bereits in das Eigentum eines anderen übergegangen ist, Rechte nur gegen seinen Mitkontrahenten geltend machen. Den dritten Erwerber, selbst wenn er nicht gutgläubig gewesen ist — also von der Belastung mit dem Vorkaufsrechte gewusst hat — kann er nicht belangen. Denn ebenso wenig wie der Nachfolger andere Verbindlichkeiten seines Rechtsvorgängers, die

einem persönlichen Rechtsverhältnis entsprungen sind, zu berücksichtigen braucht, ist er verpflichtet, sich um ein persönliches Vorkaufsrecht zu kümmern.

b. Das dingliche Vorkaufsrecht.

Das dingliche Vorkaufsrecht des BGB. dagegen begründet ein Recht an der Sache selbst. Es hat daher in dieser Hinsicht trotz sonstiger Unterschiede gewisse Aehnlichkeit mit dem deutschrechtlichen Retrakt. Es kann aber nur an Grundstücken bestellt werden und ist, wie dies auch seine Einreihung unter die Belastungen von Grundstücken ergibt, gegen jedermann wirksam. Wie bei jeder Grundstückbelastung ist zu seiner Enstehung, Einigung und Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Jeder neue Erwerber ist verpflichtet, dem Vorkaufsberechtigten, sobald er sein Recht ausübt, das Grundstück zu denselben Bedingungen zu überlassen, unter denen er selbst es erworben hat. Zum Vorkaufe berechtigt kann sein entweder eine bestimmte Person und deren Erben, dann nennt man das dingliche Vorkaufsrecht subjektiv-persönlich, oder auch der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstückes, dann nennt man es subjektiv-dinglich.

§ 4. 3. Das Verhältnis der beiden Vorkaufsrechte zu einander.

Der Unterschied in den Wirkungen dieser beiden Vorkaufsrechte — nämlich der persönlichen Wirkung des ersteren und der dinglichen Wirkung des letzteren — hat nun den Gesetzgeber veranlasst, diese beiden Rechtsinstitute auch äusserlich scharf zu trennen. Daher ist das persönliche Vorkaufsrecht in das zweite Buch, das Recht der Schuldverhältnisse — §§ 504 ff. — verwiesen, während das dingliche Vorkaufsrecht seinen Platz im vierten Buch — §§ 1094 ff. — dem Sachenrecht gefunden hat. Und zwar finden wir für

das persönliche Vorkaufsrecht die Bezeichnung „Vorkauf“, während die Bestimmungen über das dingliche Vorkaufsrecht die Ueberschrift „Vorkaufsrecht“ tragen.

Aber die verschiedene Wirkung des „Vorkaufs“ und des „Vorkaufsrechts“ sowie die räumliche Trennung darf nicht zu der Annahme führen, als wären beide Institute derartig abhängig von einander, wie das ius protimiseos und der Retrakt. Denn letztere stehen jedes auf einem anderen Boden; und zwar das eine auf dem des römischen, das andere auf dem des deutschen Rechts. Sie verdanken ihre Existenz den Anschauungen und dem Bedürfnisse einer verschiedenen Zeit sowie eines verschiedenen Volkes. Sie unterscheiden sich daher nicht nur durch ihre Wirkungen von einander, sondern auch durch ihre Entstehungsgeschichte. Dagegen der „Vorkauf“ und das „Vorkaufsrecht“ sind gleichzeitig entstanden und ein und demselben Gedanken entsprungen. Die mit ihnen analogen Institute des gemeinen Rechts haben nur das gemeinsam, dass sie ähnliche Wirkungen ausüben. Denn das persönliche und das dingliche Vorkaufsrecht des heutigen Rechts ruhen trotz ihrer verschiedenen Wirkungen und ihrer räumlichen Trennung auf derselben Grundlage, nämlich dem obligatorischen Rechtsverhältnis. Dies kann man sowohl aus den Materialien als auch aus dem Gesetzbuch selbst ersehen.

a. die Motive.

Bei den Beratungen zum Entwurfe des BGB. glaubte man nämlich anfänglich mit dem persönlichen Vorkaufsrecht allein auszukommen.[1]) Doch stellte sich namentlich in Ansehung von Grundstücken das Bedürfnis heraus, das persönliche Vorkaufsrecht zu sichern, um den Vorkaufsberechtigten gegen eine Verletzung seines Anspruches zu schützen. Denn oftmals würde der blosse Schadenersatzanspruch für den Berechtigten wertlos sein; auch würde die in den meisten Fällen eintretende Entschädigung in Geld keineswegs allen

[1]) Motive III Seite 448.

Interessen des Vorkaufsberechtigten gerecht werden. Eine relative Sicherung hätte man — wie es auch in den Motiven[1]) angeregt wurde — finden können durch eine hypothekarisch sicher zu stellende Konventionalstrafe seitens des Verpflichteten. Jedoch eine absolute Sicherung des persönlichen Vorkaufsrechts war nur dadurch möglich, dass man es unmittelbar verdinglichte. Und diese Verdinglichung schuf man für das persönliche Vorkaufsrecht in Gestalt der Grundstücksbelastung. Es heisst in den Motiven[2]) zum BGB.:

„Die einfachste Art der Verdinglichung des obligatorischen Vorkaufsrechts scheint dessen Konstruktion als Grundstückbelastung zu sein."

Daher verdankt das dingliche Vorkaufsrecht seine Entstehung lediglich dem praktischen Bedürfnisse, ein persönliches Vorkaufsrecht an Grundstücken zu sichern. Daraus geht hervor, dass ein dingliches Vorkaufsrecht stets ein persönliches voraussetzt. Das persönliche ist geradezu Bestandteil des dinglichen, ohne welches das dingliche Vorkaufsrecht nicht bestehen kann. Denn was soll eine Sicherung für einen Zweck haben, wenn ein Gegenstand der Sicherung nicht vorhanden ist. Das dingliche Vorkaufsrecht ist daher rein accessorischer Natur und hat insofern Aehnlichkeit mit der Hypothek. Denn im Verhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten stellt sich dieses Institut ebenso wie die Hypothek als eine dinglich gesicherte Obligation dar, weil der Verpflichtete sowohl mit der dinglichen als auch der persönlichen Klage haftet. Die Motive ziehen die Reallast zum Vergleich heran, indem sie ausführen, dass ebenso wie bei dem dinglichen Vorkaufsrecht eine Verpflichtung besteht und erst, wenn der Verpflichtung nicht nachgekommen wird, eine Haftung des Grundstücks eintritt.

„Bei beiden" — so heisst es dort[3]) — „ist die Verpflichtung an das Eigentum geknüpft. Nur der Inhalt

[1]) Motive III S. 448.
[2]) Motive III S. 450.
[3]) Motive III S. 450.

der Verpflichtung ist bei beiden ein verschiedener. Bei der Reallast besteht sie in wiederkehrenden Leistungen, bei dem dinglichen Vorkaufsrecht ist das Grundstück selbst — als ob es gekauft wäre — zu geben."

So vereinigt das dingliche Vorkaufsrecht in sich obligatorische und dingliche Elemente, und zwar als obligatorisches Element die persönliche Haftung des Vorkaufsverpflichteten, und als dingliches Element die dingliche Haftung des Grundstücks. Daher wird auch das dingliche Vorkaufsrecht vielfach als ein „gemischtes Institut" bezeichnet.

Mit dieser Konstruktion war auch vollständig den Anforderungen des Rechtslebens genügt, und der Gesetzgeber hat davon abgesehen, ein von dem persönlichen Vorkaufsrecht unabhängiges Institut zu schaffen, das dem deutschen Retraktrecht gleich käme. Die betreffende Stelle in den Motiven[1]) lautet:

„Ein von dem obligatorischen Vorkaufsrecht unabhängiges gegen den dritten Erwerber wirksames Retraktrecht würde weitergehen, als der Zweck erheischt, insofern das Recht gegen den Erwerber von den Einreden nicht getroffen werden würde, welche in dem Schuldverhältnis zwischen dem vorkaufspflichtigen Veräusserer und dem Berechtigten sich gründen. Andererseits würde bei einer solchen Konstruktion der dinglich Berechtigte als solcher keine Ansprüche gegen den Veräusserer haben, welcher unter Nichtbeachtung des dinglichen Rechts verkauft und veräussert hat, mithin von diesem nicht Schadloshaltung verlangen können, wenn die Nichtbeachtung seines Rechts z. B. bei inzwischen eingetretener Verschlechterung des Grundstücks sich als schadenbringend erweisen sollte."

b. Das Gesetzbuch.

Auch aus dem Gesetzbuch geht es deutlich hervor, dass der Gesetzgeber ein Schuldverhältnis, welches in den §§ 504 bis

[1]) Motive III S. 450.

514 geregelt ist, in den §§ 1094—1104 nur dinglich sichern wollte. Dies zeigt uns der Hinweis in § 1098 auf die Bestimmungen über das persönliche Vorkaufsrecht. Es heisst dort:

> „Das Rechtsverhältnis zwischen den Berechtigten und Verpflichteten bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 504—514."

Es wird also ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 504 vorausgesetzt, und das ist das persönliche Vorkaufsrecht.

c. Die Literatur.

Daher ist es unstreitig, dass in jedem dinglichen Vorkaufsrecht gleichzeitig ein persönliches enthalten ist. Auch in der Literatur sind niemals darüber Zweifel erhoben worden. So schreibt z. B. Planck:[1])

> „Das dingliche Vorkaufsrecht enthält immer auch das obligatorische. Durch seine Bestellung wird ein obligatorisches Vorkaufsrecht begründet und diesem Wirkung gegen Dritte verliehen. — "

In gleicher Weise betont Kober [2]), dass die Grundlage des dinglichen Vorkaufsrechts stets das persönliche Vorkaufsrecht ist und warnt vor dem Irrtum, es für ein rein dingliches Retraktrecht zu halten, das nur dem Erwerber gegenüber gilt.

> „Denn" — so fährt er fort — „die accessorische Haftung gehe auch aus dem Umstande hervor, dass die Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Berechtigten und Verpflichteten gewahrt bleiben."

Der gleichen Ansicht ist auch Krech [3]) und Dernburg. Mithin ist das dingliche Vorkaufsrecht kein selbständiges Recht, es ist weder als ein dingliches Aneignungsrecht, noch als ein Veräusserungsverbot mit der Wirkung einer Sperre des Grundbuchs anzusehen. Man darf es auch nicht zu den reinen Grundstücksbelastungen rechnen, welche unabhängig

[1]) Planck, III, S. 431.
[2]) a. a. O. III, S. 194.
[3]) a. a. O. Recht der Grundstücke.

sind von der causa debendi wie z. B. die Grundschuld oder Grunddienstbarkeit. Denn in diesem Falle würde zu seiner Eintragung ins Grundbuch die Wahrung des „materiellen Konsensprinzips“ genügen. Dies genügt aber nicht. Zwar ist zum Zustandekommen des dinglichen Vorkaufsrechts die dingliche Einigung ausreichend, nicht aber zu seinem rechtlichen Fortbestehen. Wenn z. B. auf Grund eines Vermächtnisses ein dingliches Vorkaufsrecht eingetragen worden ist, nachher aber das Vermächtnis sich als ungiltig erweist, so kann auch das Vorkaufsrecht nicht weiter bestehen und muss wieder gelöscht werden. Der rechtliche Fortbestand des dinglichen Vorkaufsrechts ist also stets von der Rechtsbeständigkeit des dinglich geschützten obligatorischen Verhältnisses abhängig. Man kann daher nicht sagen, ein dingliches Vorkaufsrecht entsteht durch Einigung und Eintragung. Die strenge Scheidung, welche das Gesetz zwischen dem persönlichen und dinglichen Vorkaufsrecht macht, lässt sich nicht aufrecht erhalten. So auch Immerwahr. [1])

Da nun — wie eben ausgeführt — jedes dingliche Vorkaufsrecht auch ein persönliches in sich schliesst, so muss auch der obligatorische Vertrag, der auf Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts gerichtet ist, auch auf Einräumung eines persönlichen Vorkaufsrechts zielen.

b. Ergebnis.

Daraus müssen wir folgern, dass es für die Lösung der Aufgabe gleichgiltig ist, ob der obligatorische Vertrag ein dingliches oder ein persönliches Vorkaufsrecht an einem Grundstück zum Gegenstand hat. Wir müssen daher bei der Entscheidung der Formfrage zu dem gleichen Ergebnis für beide Vorkaufsrechte kommen und dürfen nicht bei dem Vertrage, der auf Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts zielt, anders urteilen als bei der Vereinbarung, die sich auf die Einräumung eines blossen persönlichen Vorkaufsrechts an einem Grundstück bezieht.

[1]) a. a. O. Bd IV, S. 293.

TEIL II.

A. Wie ist die Formfrage zu entscheiden?

Es bleibt daher nur noch die Frage offen, ob für diese beiden Verträge vom Gesetz eine besondere Form vorgeschrieben ist.

§ 5.

1. Die Form, welche in Betracht kommt.

Eine ausdrückliche Bestimmung findet sich im Gesetzbuch darüber nicht. Zwar wurde bei der zweiten Lesung [1]) der Antrag gestellt, den § 481 Abs. 1 des Entw. I. (§ 504 BGB.) noch den Zusatz hinzuzufügen:

> „Ein Vertrag, durch welchen das Vorkaufsrecht hinsichtlich eines Grundstücks begründet wird, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form."

Aber der Antrag wurde vor der Abstimmung zurückgezogen. Daher kommen für den Vorkaufsvertrag nur die allgemeinen Vorschriften in Anwendung; und zwar ist das Recht der Schuldverhältnisse massgebend, da der Vorkaufsvertrag zu den kausalen Rechtsgeschäften gehört. Er wäre also formfrei, sofern er nicht die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück enthält. Denn in diesem Falle wäre gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich, da § 313 Satz 1 BGB. bestimmt:

[1]) Protokolle II S. 94.

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung."

Wir haben daher zu untersuchen, ob ein Vorkaufsvertrag die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung in sich birgt.

§ 6. ## 2. Die Stellung der Materialien zu der Formfrage.

Die Frage hat in der Literatur und Praxis verschiedene Beurteilung gefunden. Man hat die Materialien herangezogen und nach Anhaltspunkten gesucht, die einen Aufschluss über die Absichten des Gesetzgebers bringen könnten. Man findet auch sowohl in den Motiven wie in den Protokollen diese Materie vielfach erörtert, jedoch lassen diese Stellen infolge ihrer Widersprüche uns schwer die wirkliche Absicht des Gesetzgebers erkennen.

a. Die Motive.

In ihren Erörterungen über den Zweck des Vorkaufsrechts sprechen sich die Motive [1]) dahin aus, dass dieses Institut nur darauf hinausgehe, dem Berechtigten unter gewissen Bedingungen das Eigentum zu verschaffen, sondern vielmehr das Ziel im Auge habe, einen ihm unerwünschten Eigentumswechsel zu verhüten. Wenn nun auch hier die Motive betonen, dass das Vorkaufsrecht hauptsächlich den Zweck verfolge, einen Eigentumswechsel zu verhüten, so lassen sie doch immerhin die Konstruktion des Vorkaufsvertrages als bedingter Eigentumsübertragung zu und stehen insoweit der Ansicht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des § 313 BGB. auf den Vertrag über Bestellung eines Vorkaufsrechtes habe aussprechen wollen.

Andererseits nötigen die Erörterungen der Motive über die Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechts in Verbindung

[1]) Motive III. S. 450.

mit ihren Ausführungen über das Bedürfnis nach einer Formalisierung der Verträge über Grundstücke zu der gegenteiligen Schlussfolgerung. Denn dort, wo von dem dinglichen Vorkaufsrecht die Rede [1]) ist, wird ausdrücklich die Konstruktion dieses Rechtsverhältnisses als bedingtes Recht auf Anfall des Eigentums abgelehnt. Es heisst dort:

„Dieses Rechtsverhältnis wird als Belastung des Grundstücks nicht als bedingtes Recht gedacht."

Und in dem Teil der Motive [2]), der über die Form von Grundstücksverträgen handelt, wird ausgeführt:

„Dagegen ist ein wirkliches Bedürfnis (für eine Form) nur hervorgetreten in Ansehung der Verträge, durch welche die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück übernommen wird, nicht auch für Verträge, durch welche jemand sich zur Bestellung eines anderen Rechtes an einem Grundstück verpflichtet."

b. die Protokolle.

Ebenso wenig wie die Motive können auch die Protokolle zur Klärung der Formfrage etwas beitragen. Denn auch in den Aeusserungen der zweiten Kommission finden sich Widersprüche. Bei den Beratungen [3]) über das persönliche Vorkaufsrecht trat, als über die Form seiner Ausübung verhandelt wurde, die Auffassung hervor, dass der Vertrag über Einräumung eines Vorkaufsrechts als bedingter Kauf anzusehen sei und somit dem Formzwange unterliege. Von dieser Auffassung aus wurden Zweifel darüber laut, ob es angängig sei, für den Einräumungsvertrag die Beobachtung einer Form vorzuschreiben, die Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts hingegen von Formvorschriften zu befreien. Ohne der Auffassung des Vorkaufsvertrages als eines bedingten Kaufs entgegenzutreten, entschied sich die Mehrheit der

[1]) Motive III. S. 452 zu § 952.
[2]) Motive II. S. 190 zu § 351.
[3]) Protokolle II, S. 98.

zweiten Kommission gegen die Aufstellung von Formvorschriften für die Ausübungserklärung. Die Ansicht wurde damit begründet, dass dem Bedürfnisse nach einem Schutz des Publikums vor Uebereilungen mit dem Formzwange für den Vertrag über Bestellung des Vorkaufrechts genügt sei.

„Denn," — so lautet die Stelle [1]) — „es sei doch zu beachten, dass Verträge, durch welche ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt werde, nach § 351 des ersten Entwurfes (dem § 313 BGB entspricht) gerichtlich oder notariell beurkundet werden müssen. —".

Dadurch erübrige es sich, auch die Erklärung der Ausübung des Vorkaufsrechts an eine Form zu binden.

Während nun hier die zweite Kommission sich für den Formzwang entscheidet, lehnt sie dessen Einführung an anderer Stelle wieder rundweg ab. Und zwar wurde bei der Beratung des erwähnten § 351 der Antrag [2]) gestellt, auch auf die obligatorischen Verträge über sonstige Rechte an Grundstücken, unter deren Zahl auch das Vorkaufsrecht genannt wurde, die Formvorschrift auszudehnen, da diese Rechte in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung dem Eigentumsrechte sehr nahe stünden. Die Kommission verwarf aber diesen Antrag ebenso wie den, der die privatschriftliche Form vorschlug. Die Ablehnung wurde damit begründet, dass die Formalisierung des dinglichen Vertrages der ratio des § 351 — einer Uebereilung vorzubeugen — genüge, und dass eine strengere Form den Verkehr erschwere. Somit spricht sich also an dieser Stelle die zweite Kommission für die Formfreiheit aus.

§ 7. 3. Die Widerlegung der Gründe, die für den Formzwang sprechen.

a. Begründung aus den Materialien.

Die Materialien geben uns demnach infolge ihrer Widersprüche nur sehr geringe Anhaltspunkte für die Absicht des

[1]) Protokolle II, S. 99 oben.
[2]) Protokolle I, S. 463.

Gesetzgebers. Es ist ihnen daher nur wenig Bedeutung beizumessen und lediglich auf Grund des Gesetzbuches die Frage zu entscheiden, ob ein Vorkaufsvertrag zu denjenigen Verträgen zu rechnen ist, die eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründen. Will man aber trotzdem die Materialien für die Entscheidung der Frage verwenden, so ist in Betracht zu ziehen, dass aus den Motiven [1]) zu § 952 über die Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechts deutlich hervorgeht, dass der Hauptzweck der Vorkaufsrechte der sein solle, für den Berechtigten einen unerwünschten Eigentumswechsel zu verhüten und nicht dem Berechtigten das Eigentum zu verschaffen; und dass die Motive [2]) zu § 952 über den Inhalt des Vorkaufsrechts die Konstruktion einer bedingten Eigentumsübertragung ausdrücklich ablehnen. Man kann daher auf Grund der Motive zu dem Ergebnis kommen, dass der Gesetzgeber sich eher für, als gegen die Formfreiheit habe entscheiden wollen.

Was nun die Protokolle anbetrifft, so glaube ich, dass auf diejenigen Aeusserungen der zweiten Kommission mehr Gewicht zu legen ist, die bei der Beratung [3]) des § 313 gefallen sind. Denn hier stand das Anwendungsgebiet des genannten Paragraphen im Mittelpunkt. Hier wurde es aber ausdrücklich abgelehnt, die Formvorschrift des Paragraphen auf blosse Vorkaufsverträge auszudehnen. Diejenigen Aeusserungen dagegen, die für den Formzwang sprechen, wurden bei der Beratung [4]) des § 482 (§ 405 BGB.) laut, als es sich darum handelte, die Erklärung der Ausübung des Vorkaufsrechts an eine Form zu binden. Bei der Erörterung der Frage wurde auf den § 351 (§ 313 BGB.) zurückgegriffen. Dass die Konstruktion des Vorkaufsrechts und das Anwendungsgebiet des Paragraphen hier anders aufgefasst wurde, als sie in der früheren Beratung bereits fest-

[1]) Motive III, S. 450.
[2]) Motive III, S. 452.
[3]) Protokolle I, S. 461.
[4]) Protokolle II, S. 98.

gestellt waren, dürfte wohl nur auf einen Irrtum zurückzuführen sein. Denn es ist wohl nicht anzunehmen, dass die zweite Kommission die Konstruktion des Vorkaufsrechts hätte ändern oder das Anwendungsgebiet dieses schon früher erledigten Paragraphen hier hätte erweitern wollen. Daher lässt sich der Formzwang nicht mit dem Hinweis auf die Protokolle II, S. 98 begründen, sowie es z. B. Goldmann - Lilienthal [1]) und Oertmann [2]) tun.

Man kam auf Grund der Materialien auch zu dem Schlusse, dass es dem Gesetzgeber nahe gelegen habe, einen Unterschied in dem obligatorischen Vertrage über ein dingliches und ein persönliches Vorkaufsrecht zu machen. Denn diejenigen Stellen in den Motiven und Protokollen, die die Formfreiheit für Vorkaufsverträge deutlich erkennen lassen, sprechen lediglich vom dinglichen Vorkaufsrecht, während die Stellen, die sich für den Formzwang entscheiden, vom Vorkaufsrecht im allgemeinen handeln, sodass man annehmen kann, dass nur das persönliche Vorkaufsrecht gemeint sei. Diese Schlussfolgerung ist aber meines Erachtens unrichtig, weil sie der rechtlichen Natur der beiden Institute — welche ich am Anfang meiner Abhandlung (Teil 1) klargelegt habe — widersprechen würde. Denn — wie ja aus den Motiven ersichtlich ist und wie ich selbst bewiesen habe — trägt ein dingliches Vorkaufsrecht stets ein persönliches in sich, da beide auf derselben Grundlage, dem obligatorischen Verhältnis, ruhen. Wenn ich also auch Männer [3]) und Strecker [4]) in der Beziehung zustimmen muss, dass auf den obligatorischen Vertrag eines dinglichen Vorkaufsrechts der § 313 BGB. keine Anwendung findet, da sich der Verpflichtete in demselben nicht zu der Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke, sondern zur Bestellung eines begrenzten Rechts verpflichtet, so kann ich nicht ihre Auffassung teilen, dass für die Beurteilung der Formfrage das

[1]) a. a. O. I, S. 522.
[2]) a. a. O. S. 224.
[3]) a. a. O. S. 261 Anm. 4.
[4]) a. a. O. S. 54 Anm. 4.

persönliche Vorkaufsrecht vom dinglichen zu trennen ist. Vielmehr dürfte der Umstand, dass der obligatorische Vertrag über Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechts formfrei sei, ein Grund dafür sein, dass auch die Einräumung eines persönlichen Vorkaufsrechts dem Formzwange des § 313 BGB. nicht unterliegt.

b. Begründung mit der Konstruktion eines bedingten Kaufes.

Auch abgesehen von der Entstehungsgeschichte der hier in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen vermag ich nicht zu der Ueberzeugung zu gelangen, das Vorkaufsverträge in Ansehung von Grundstücken dem Formzwange unterliegen müssen.

Vielfach wird als Grund für den Formzwang der Gesichtspunkt angeführt, dass in dem Vorkaufsvertrag ein bedingter Kauf zu erblicken sei. Und zwar einmal bedingt durch den Verkauf des Gegenstandes an einen Dritten, sodann durch die Erklärung des Berechtigten, sein Recht ausüben zu wollen. Träfe dieser Gesichtspunkt zu, so wäre die Annahme, dass für den Vorkaufsvertrag über Grundstücke die Formvorschrift des § 313 BGB. in Anwendung komme, durchaus gerechtfertigt. Denn auch ein bedingter Kauf ist als Kauf anzusehen, der die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung in sich birgt. Vertreter der Ansicht, dass der Vorkaufsvertrag als bedingter Kauf zu konstruieren sei, sind unter anderen Crome [1]) und Gutbrod [2]).

Aber meines Erachtens ist diese Konstruktion unhaltbar. Denn keineswegs ist der Vorkaufsverpflichtete in dem Masse gebunden, wie der aus einem bedingten Kauf Verpflichtete. Bei einem bedingten Kauf sind die Leistungen beider Kontrahenten bereits im einzelnen vereinbart; ihre beiderseitigen Rechte und Verpflichtungen sind für den Fall des Eintritts der Bedingung festgestellt. Beim Vorkaufsvertrage liegen über-

[1]) a. a. O. S. 491 Anm. 1. und S. 495.

[2]) a. a. D. S. 66.

haupt noch gar keine näheren Vereinbarungen vor. Diese werden erst in dem zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abzuschliessenden Kaufvertrag getroffen. Es fehlt im Vorkaufsvertrage an der für das Zustandekommen wesentlichen Preisabrede. Denn der Preis wird regelmässig erst in dem Kaufvertrag mit dem Dritten festgesetzt. Es fehlt ferner an jeder Bindung des Verkäufers in seinem Verfügungsrecht über das Verkaufsobjekt. Während nach einem bedingten Verkaufe der Verkäufer sich jeglicher Verfügung über den Gegenstand z. B. einer Schenkung oder eines Tausches zu enthalten hat, anderenfalls zum Schadensersatze verpflichtet ist, kann der Vorkaufsverpflichtete nach den §§ 504 und 511 BGB. ohne Rücksicht auf das Vorkaufsrecht den Gegenstand verschenken, vertauschen oder an seine gesetzlichen Erben verkaufen (§ 511 BGB.). Auch sprechen die besonderen Vorschriften über die Vererblichkeit gegen diese Konstruktion. Denn nach § 514 BGB. geht das Vorkaufsrecht regelmässig nicht auf die Erben des Berechtigten über. Wohl aber sind die Rechte und Pflichten aus einem bedingten Kauf vererblich. Zuletzt endlich ist die Annahme eines bedingten Kaufes deshalb zu verwerfen, weil die Entstehung eines Vorkaufsrechts nicht immer auf einen Vertrag, sondern auch auf ein einseitiges Rechtsgeschäft, das Testament, zurückzuführen ist. Daher muss ich ebenso wie Düringer und Hachenburg,[1]) Kretzschmar[2]) und Thiele[3]) die Begründung des Formzwanges mit der Konstruktion eines bedingten Kaufes verwerfen.

c. Begründung mit der Konstruktion einer bedingten Eigentumsübertragung.

Andere Schriftsteller wieder lassen es dahingestellt, ob in dem Begründungsvertrag eines Vorkaufsrechtes ein bedingter Kauf zu erblicken sei. Sie sind aber der Ansicht,

[1]) a. a. O. II, S. 311.
[2]) a. a. O. II, S. 351 ff.
[3]) Zeitschrift des Notarvereins, 1902. S. 315 ff.

dass der Vorkaufsvertrag jedenfalls eine bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung in sich trage. Daher kommen auch sie zu dem Ergebnis, den § 313 BGB. für anwendbar zu halten, sobald es sich um ein Grundstück handelt. Auf diesem Standpunkt stehen z. B. Immerwahr [1]), Biermann [2]), Meissner [3]), Neumann [4]) und auch das Kammergericht in seinem Urteil [5]) vom 7. 1. 1901 sowie das Reichsgericht in seiner Entscheidung [6]) vom 4. 11. 1904.

Das Oberlandesgericht Jena sucht sogar in seiner Entscheidung [7]) aus dem Wortlaut des Gesetzes zu beweisen, dass diese Verpflichtung wirklich auf eine Eigentumsübertragung gehe. Denn letzteres ergebe sich aus den §§ 505 Abs. 1 und 433 BGB., von denen der eine besagt, dass durch die Ausübung des Vorkaufsrechts ein Kauf zustande komme, der andere, dass durch den Kaufvertrag der Verkäufer zur Eigentumsübertragung verpflichtet sei.

Ich kann weder die Ansicht derer teilen, die zum Inhalt eines Vorkaufsvertrages eine bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung annehmen, noch auch den Beweis des Oberlandesgerichts Jena für richtig halten. Eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung wird durch den Vorkaufsvertrag nicht begründet, auch nicht eine bedingte oder betagte. Denn es ist dem Vorkaufsverpflichteten anheimgestellt, ob er überhaupt verkaufen will. Der Berechtigte hat keinen Anspruch, zu verlangen, dass der Verpflichtete die Sache veräussert. Auch kann der Vorkaufsverpflichtete sich des Gegenstandes entledigen oder einem andern übereignen, sofern ein anderer Vertrag als ein Kauf in Frage steht. Daher ist bei der Einräumung des Vorkaufsrechtes nicht das wesentliche Moment die Verpflichtung zu einer Eigentumsübertragung. Denn diese

[1]) a. a. O. Bd. IV, S. 296.
[2]) a. a. O. Bd. II, S. 283.
[3]) a. a. O. Bd. III, S. 201.
[4]) a. a. O. S. 344, Vorb. zu § 504 No. 1 b.
[5]) Mugdan und Falkmann Bd. II, S. 73.
[6]) a. a. O. Bd. 59, S. 133.
[7]) Mugdan und Falkmann Bd. I, S. 293.

kann gegen den Willen des Berechtigten an einen anderen vor sich gehen, ohne dass dadurch das Vorkaufsrecht verletzt wird. Wesentlich ist vielmehr allein die Verpflichtung, den Berechtigten als Käufer anzunehmen, wenn er von seinem Rechte Gebrauch macht. Zu derselben Ansicht hat sich auch das Reichsgericht in seinem Urteil [1]) vom 5. Oktober 1886 bekannt. Dieses Urteil hat freilich noch nicht das Bürgerliche Gesetzbuch, wohl aber eine vollständig analoge Bestimmung des Braunschweigischen Gesetzes zur Unterlage, sodass die Gründe auch für das jetzt geltende Recht noch in Betracht kommen können.

Wenn nun das Oberlandesgericht Jena zum Beweise der Richtigkeit seiner entgegengesetzten Meinung den Wortlaut des § 505 BGB. heranzieht, in dem es heisst:

„Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zustande,"

so dürfte es den Sinn dieser Bestimmung unrichtig auffassen. Denn „Kauf" ist hier nicht in des Wortes eigentlicher Bedeutung zu verstehen. Es deckt sich daher nicht mit dem Begriff „Kaufvertrag", von dem der vom Oberlandesgericht angeführte Paragraph 433 BGB. handelt. Sondern Kauf ist hier nur ein vertragsähnlicher Zustand, [2]) eine als Quasikauf zu charakterisierende Obligation. Man darf sich daher nicht irre führen lassen, wenn das Gesetz von dem Zustandekommen eines Kaufes spricht. Denn damit will der Gesetzgeber nur sagen, es tritt ein Rechtszustand ein, der so anzusehen ist, als ob der Vorkaufsverpflichtete mit dem Vorkaufsberechtigten den Kaufvertrag abgeschlossen hätte. Der Gesetzgeber stellt also eine Konstruktion auf; und in Konstruktionsfragen ist das Gesetz nicht bindend. Man könnte daher ebenso gut ein anderes Wort an die Stelle von „Kauf" setzen, das dem Sinne dieser Konstruktion entspricht. [3]) Der Kauf als solcher setzt als Grundbegriff des Vertrages

[1]) a. a. O. Bd. 16, S. 155.
[2]) Ebenso Schollmeyer, a. a. O. S. 42.
[3]) Ebenso Keetmann a. a. O. S. 22.

die Willenseinigung voraus. Diese fehlt aber bei der Ausübung des Vorkaufsrechts. Der Vorkaufsberechtigte kann nämlich sein Vorkaufsrecht ausüben, auch wenn er auf andere Weise als durch Mitteilung des Vorkaufsverpflichteten Kenntnis von dem Abschluss eines Kaufvertrages erlangt hat. Dann tritt er also gegen den Willen des Vorkaufsverpflichteten in den Kaufvertrag ein, sodass von einer Einigung keine Rede sein kann. Daher darf man auch nicht in dem Umstand, dass der Gesetzgeber den „Vorkauf" als eine Art des Kaufes behandelt — wie die Ueberschrift von § 494 BGB. zeigt — einen Beweis dafür erblicken, dass der Vorkauf wie der Kauf zu den Verträgen gehört, die laut § 433 BGB. die Verpflichtung begründen: „dem Käufer (hier dem Vorkäufer) die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. —"

Auf demselben Standpunkt steht auch das Reichsgericht in seiner letzten Entscheidung[1]) vom 4. März 1905.

Dass mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kein neuer Kaufvertrag entsteht, geht auch noch daraus hervor, dass die Erklärung der Ausübung formlos ist. Denn sonst müsste diese an die für den Kaufvertrag bestimmte Form gebunden sein. Dies ist aber nach § 505 Absatz 1 BGB. nicht der Fall. Vielmehr ist nur ein Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossen worden. Daher hat der Vorkaufsvertrag nicht die Verpflichtung zum Inhalt, unter gewissen Voraussetzungen einen Kauf abzuschliessen, auf Grund dessen die Uebertragung des Eigentums stattfindet. Er enthält vielmehr nur die Obligation, den Vorkaufsberechtigten an Stelle desjenigen zuzulassen, welchem man durch Abschluss eines Kaufvertrages zur Eigentumsübertragung verpflichtet ist. Eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung besteht also nur dem Dritten gegenüber. Es kann von einer solchen bereits bei der Einräumung eines Vorkaufsrechts also nicht die Rede sein. Denn sonst würde sich ja der Betreffende

[1]) a. a. O. Bd. 60 S. 320.

verpflichten, das Eigentum an demselben Gegenstand zwei verschiedenen Personen zu verschaffen, die in keinerlei rechtlichen Beziehungen zu einander stehen. Dies ist aber begrifflich unmöglich. Ich halte somit — wie das Kammergericht in dem Beschluss vom 13. März 1895[1]) — die Begründung des Formzwanges mit der Auffassung einer bedingten Eigentumsübertragung für hinfällig. Die Gründe, die die Annahme eines bedingten Kaufes verwerfen, sprechen teilweise auch gegen die Auffassung einer bedingten Eigentumsübertragung.

Ebensowenig kann ich daher die Ansicht von Fuchs[2]) und Rehbein[3]) teilen, die auf Grund dieser Auffassung nicht nur für den obligatorischen Vertrag, in welchem ein dingliches oder persönliches Vorkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt wird, die Anwendung des § 313 BGB. verlangen, sondern die Formvorschrift auch auf den dinglichen Vertrag, die Einigung im Sinne des § 873 BGB. ausgedehnt wissen wollen. Denn auch bei dem dinglichen Vertrag handelt es sich nicht um eine bedingte Eigentumsübertragung. Vielmehr fasst das Bürgerliche Gesetzbuch, wie aus § 1094 deutlich hervorgeht, das dingliche Vorkaufsrecht als Grundstücksbelastung auf. Als fernerer Grund ist noch anzuführen, dass der § 313 BGB. auf dingliche Verträge keinen Bezug hat. Der gleichen Meinung ist auch Turnau—Förster.[4])

d. Begründung mit der Konstruktion eines Vorvertrages.

Wir finden auch vereinzelt die Ansicht vertreten, dass der Vorkaufsvertrag deshalb denselben Formvorschriften wie der Kaufvertrag unterliegen müsse, weil er als Vorvertrag des Kaufvertrages anzusehen sei. Diese Konstruktion legte z. B. das Reichsgericht einer älteren Entscheidung[5]) vom 23. Januar 1883 zu Grunde. Es kam hierbei eine Bestimmung

[1]) Johow Bd. 15 S. 402.
[2]) a. a. O. S. 347 Anm. 3, Ia.
[3]) a. a. O. S. 161.
[4]) a. a. O. S. 517.
[5]) a. a. O. Bd. 10 S. 122.

des Hessischen Partikulargesetzes in Betracht, die denjenigen des § 313 BGB. im Wesentlichen entspricht. Die Entscheidung lässt erkennen, dass das Reichsgericht als Hauptvertrag jenen Kaufvertrag auffasst, den der Vorkaufsverpflichtete mit dem Dritten abschliesst. Und da dieser — sobald es sich um Grundstücke handele — einer besonderen Form bedürfe, so müsse auch der Vorkaufsvertrag, da er als Vorvertrag gelte, dieselbe Form aufweisen. Denn Vorverträge seien denselben Formvorschriften unterworfen, wie die Hauptverträge. Auf dem gleichen Standpunkt steht auch Scherer[1]) und hält deshalb den § 313 BGB. auch auf Vorverträge für anwendbar.

Auch diesen Standpunkt kann ich nicht teilen, denn ein Vorvertrag muss doch analoge Bestimmungen enthalten wie der Hauptvertrag. Und dies ist bei dem Vorkaufsvertrag im Verhältnis zu dem zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrag keineswegs der Fall. Denn der Inhalt ist bei beiden ein verschiedener. Den Inhalt des Vorkaufsvertrages bildet die Verpflichtung, den Berechtigten bei Eintritt des Verkaufsfalles an die Stelle des Käufers treten zu lassen: bei dem Kaufvertrage ist die Verpflichtung, das Eigentum zu übertragen, das Wesentliche. Auch setzt ein Vorvertrag immer voraus, dass die Kontrahenten dieselben bleiben. Dies trifft aber hier nicht zu. Folglich kann bei der Einräumung eines Vorkaufsrechts von einem Vorvertrage nicht die Rede sein und auch diese Konstruktion, die für den Formzwang sprechen könnte, hält nicht stand.

e. Begründung mit der ratio des § 313 BGB.

Von anderen Schriftstellern wird wieder geltend gemacht, der Formzwang finde dadurch seine Rechtfertigung, dass bei Vorkaufsverträgen über Grundstücke die ratio des § 313 BGB. ebenso wie bei Kaufverträgen zutreffe. Der § 313 BGB. verdankt nämlich — wie wir aus den Materialien ersehen

[1]) a. a. O. Bd. I S. 210 Anm. 5 und Bd. 2 S. 612 Anm. 5 und Jurist. Wochenschrift S. 889.

können — seine Entstehung der Erwägung, den Eigentümer von Grundstücken vor einem übereilten Schritt zu schützen [1]). Daher soll der Verkäufer nicht an ein mündliches Versprechen gebunden sein, zu dem er sich etwa unüberlegt hat hinreissen lassen. Damit die Kontrahenten von rechtskundiger Seite auf alle Bedenken aufmerksam gemacht werden, hielt man es daher für geboten, eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung für solche Verträge vorzuschreiben. Dieselbe ratio — so wird nun behauptet — liege nicht nur bei Kaufverträgen, sondern auch bei Vorkaufsverträgen in Ansehung von Grundstücken vor. Deshalb müssten derartige Verträge, wenn es auch das Gesetz nicht ausdrücklich vorschriebe, nach §313 BGB. gerichtlich oder notariell beurkundet werden. Diese Ansicht teilte z. B. auch das Oberlandesgericht Jena in dem Beschlusse [2]) vom 28. August 1900.

Ich halte es an sich schon, ebenso wie Thiele [3]), für bedenklich, Bestimmungen über Formvorschriften auf gesetzlich nicht vorgesehene Fälle nur deshalb anzuwenden, weil dieselben ratio vorliegen. Denn Formvorschriften dürfen meines Erachtens nicht extensiv interpretiert werden, weil sie bei dem Prinzip der Formfreiheit, welches die Verträge des Bürgerlichen Gesetzbuches beherrscht, als Ausnahmen gelten müssen, folglich über ihr eigentliches Gebiet nicht auszudehnen sind. Dieser Meinung ist auch Kuhlenbeck [4]), indem er anführt, dass Formvorschriften stricti iuris seien.

Jedoch auch abgesehen hiervon kann ich den Formzwang nicht für gerechtfertigt halten, weil nach meiner Meinung die angeführten Gründe nicht zutreffend sind. Denn wer ein Vorkaufsrecht an seinem Grundstücke einräumt, setzt sich noch garnicht der Gefahr aus, seinen Besitz aufgeben zu müssen, sodass es erforderlich wäre, ihn vor Uebereilung zu schützen. Wenn der Vorkaufsverpflichtete nicht verkaufen will, so

[1]) Protokolle Bd. I. S. 403.
[2]) Mugdan und Falkmann Bd. I. S. 293.
[3]) Ztschr. des Notarvereins 1902 S. 320.
[4]) Jurist. Wochenschrift 1901 S. 393.

kann er dazu nicht gezwungen werden. Erst wenn er mit einem Dritten einen Kaufvertrag abschliesst, ist zu befürchten, dass er einen unüberlegten Schritt tut, da auf Grund dieses Vertrages für ihn die Verpflichtung entsteht, sein Grundstück aufzugeben und einem anderen zu übereignen. Hier wird er auch des Schutzes nach § 313 BGB. teilhaftig. Denn der mit dem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag ist nur bindend, wenn er die gerichtliche oder notarielle Beurkundung aufweist. Durch die Einräumung des Vorkaufsrechts wird der Verpflichtete nur in der Wahl des Käufers beschränkt [1]). Er muss den Vorkaufsberechtigten als Käufer annehmen, falls er sein Grundstück veräussert. Dem Verkäufer eines Grundstücks auch in der Beziehung einen Schutz angedeihen zu lassen, dass man ihm behilflich ist, die geeigneteste Person sich als Käufer zu wählen, würde zu weit führen und auch durch den Formzwang des § 313 BGB. nicht erreicht werden. Denn der Vorkäufer kann im Augenblicke des Abschlusses des Vorkaufsvertrages ein zuverlässiger und zahlungsfähiger Kontrahent sein. Wenn dagegen der Verkaufsfall eintritt, kann sich dies inzwischen geändert haben. Daher würde der Vorkaufsverpflichtete, auch wenn der Vorkaufsvertrag in der nach § 313 BGB. vorgeschriebenen Form abgeschlossen wird, in keiner Beziehung mehr geschützt sein [1]). Man wird dies trotz der Bestimmung des § 511 BGB. aufrecht erhalten können, da ja häufig neben der hypothekarischen Sicherheit auch die persönlichen Verhältnisse des Käufers eine Rolle spielen.

Wenn dagegen das Oberlandgericht Jena in der Entscheidung [2]) vom 28. August 1900 seine gegenteilige Meinung damit begründet, dass der Vorkaufsverpflichtete durch den Formzwang, dem der Kaufvertrag mit dem Dritten unterliegt, deshalb nicht genügend geschützt würde, weil der Verkaufsvertrag andere Kaufbedingungen enthalten könne, wie der Kaufvertrag mit dem Dritten, so halte ich diesen Grund nicht für richtig. Denn der Vorkaufsvertrag hat, soweit es sich

[1]) Ebenso RG. Bd. 60 S. 233.
[2]) Mugdan und Falkmann Bd. I S. 293.

um das Vorkaufsrecht handelt, überhaupt keine Kaufbedingungen zu enthalten. Der Gegenbeweis des Oberlandgerichts Jena, dass die §§ 504 ff. — also § 505 Abs. 2 BGB. — dispositiver Natur seien, ist hinfällig. Denn diese Paragraphen sind, soweit es sich wenigstens um das dingliche Vorkaufsrecht handelt, nur in soweit dispositiver Natur, als es den Parteien freisteht, den Inhalt der Verpflichtung in einzelnen Punkten zu ermässigen. Erweitern können die Kontrahenten ihn dagegen nicht. Denn durch die Vorschriften über dingliche Rechte ist der Vertragsfreiheit eine Grenze gezogen. [1])

f. Scherer's Rückschluss.

Scherer [2]) endlich hält es für erforderlich, den § 313 BGB. schon deshalb auf Vorkaufsverträge anzuwenden, weil die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 505, Satz 2 BGB. an keine Form gebunden sei. Ich glaube, dass sich ein derartiger Rückschluss nicht ziehen lässt, da er durch nichts eine Rechtfertigung findet.

B. Ergebnis.

Ich kann daher sämtliche Gründe, die für den Formzwang sprechen, nicht als stichhaltig anerkennen und muss mich für die Formfreiheit erklären. Denn es begründet die Vorkaufsvereinbarung lediglich einen vertragsmässigen Kontrahierungszwang [3]), oder es liegt in ihr — wie Planck annimmt — eine Vertragsofferte, deren Annahme allerdings in Zukunft erzwungen werden kann. Der obligatorische Vertrag über Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts bedarf schon deshalb keiner besonderen Form, weil das Gesetzbuch selbst das dingliche Vorkaufsrecht als Grundstücksbelastung bezeichnet. Denn § 1094 BGB. lautet:

[1]) Siehe auch Thiele, Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1902, S. 321/322.

[2]) Jurist. Wochenschrift 1900 S. 889.

[3]) So auch Kuhlenbeck a. a. O. S. 393.

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Vorkaufe berechtigt ist."

Daher ist ein derartiger Vertrag ebenso formfrei, wie die auf Bigründung eines sonstigen dinglichen Rechts gerichtete obligatorische Abrede. Es stehen auf dem gleichen Standpunkt Predari [1]), Oberneck [2]) Düringer - Hachenburg [3]) und Kretzschmar [4]), während sich Dernburg [5]), Matthiass [6]), Reuss [7]), Hilscher [8]), Giesel [9]), Baer [10]), Wangemann [11]), Keetmann [12]) und Planck [13]) sich gegen die Formfreiheit aussprachen, letzterer, obwohl er das Vorkaufsrecht als einen den Verpflichteten bindenden Vertragsantrag konstruiert. Denn mit dieser Konstruktion steht meines Erachtens der Formzwang in Widerspruch.

[1]) a. a. O. S. 443 ff.
[2]) a. a. O. S. 429 Anm. 3.
[3]) a. a. O. Bd. 2 S. 301.
[4]) a. a. O. Bd. 2 S. 351 ff.
[5]) a. a. O. Bd. 2 S. 109 § 196 I Anm. 2.
[6]) a. a. O. S. 225 § 1104.
[7]) a. a. O. S. 29.
[8]) a. a. O. S. 14.
[9]) a. a. O. S. 26.
[10]) a. a. O. S. 50.
[11]) a. a. O. S. 22.
[12]) a. a. O. S. 38.
[13]) a. a. O. Bd. 2 S. 275 zu § 504 Anm. 2 und Bd. 3 S. 381 Anm. 4.

SCHLUSS.

Welchen praktischen Wert hat die Entscheidung der Formfrage?

Eine endgiltige Entscheidung der Formfrage für Vorkaufsverträge in Ansehung von Grundstücken wäre von grossem praktischen Werte. Denn gerade dadurch, dass die Ansichten in der Wissenschaft geteilt sind, ob der § 313 BGB. in Anwendung kommen müsse und eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich sei oder nicht, erwächst für das Publikum eine grosse Gefahr. Denn der Richter ist infolgedessen bei seiner Entscheidung lediglich auf seine persönliche Auffassung angewiesen, da ihm weder das Gesetzbuch noch die Wissenschaft feste Anhaltspunkte zu geben vermag. Teilt er nun die Ansicht derjenigen, die sich für den Formzwang aussprechen, so ergibt sich daraus, dass ein formlos geschlossener Vertrag nicht bindend ist. Denn § 125 Satz 1 BGB. lautet:

„Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig".

Es wird daher dieser oder jener Kontrahent, dem es gleichgiltig ist, ob er in den Augen seiner Mitmenschen als ein zuverlässiger Charakter erscheint, gern auf ein Prozess ankommen lassen, um sich — wenn das Glück gut ist — seiner Verpflichtung zu entziehen. Es ist daher jedermann, der die Absicht hat, einen Vorkaufsvertrag in Ansehung eines Grundstücks einzugehen, zu raten, nicht die Kosten einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung zu scheuen. Er ist dann wenigstens auf alle Fälle gesichert.

Aufgabe des Gesetzgebers aber wäre es, eine Bestimmung zu treffen, die diese Lücke in unserem Gesetzbuch ausfüllt.